

L'activité communautaire dans le domaine des services d'intérêt général en 2003 : un certain désenchantement

Introduction

À moins d'un an de l'évaluation à mi-parcours de la stratégie de Lisbonne, il est légitime de confronter l'évolution du débat sur les services d'intérêt général (SIG) à l'aune des progrès réalisés dans la construction du modèle social européen. De ce point de vue, le bilan que l'on peut tirer de l'action des institutions est préoccupant. Tout n'est pas négatif pour autant. La Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) a permis une avancée intéressante en confirmant l'arrêt Ferring. Mais, en dépit des efforts déployés par Philippe Herzog, le Parlement européen a, une nouvelle fois, adressé un message brouillé aux autres institutions et aux citoyens. Le Conseil européen et le Conseil des ministres se sont tus quant à la défense et la promotion des SIG. À l'opposé des années 2000-2001, où le Conseil européen s'était distingué par une approche plus équilibrée, la période 2002-2003 confirme un changement de ton et d'orientation, déjà perceptible depuis le Conseil européen de Barcelone (15 et 16 mars 2002). À cet égard, l'élargissement de l'UE fera pencher encore un peu plus le rapport de force dans un sens qui ne sera pas favorable aux SIG. En effet, il apparaît nettement que les dix pays d'accession ne sont ni très demandeurs d'une clarification et d'une amélioration du cadre communautaire, ni très intéressés par la question des SIG, vis-à-vis de laquelle ils se disent étrangers, pour ne pas dire réservés. Mais la plus mauvaise nouvelle vient du couple franco-allemand, qui peine de plus en plus à cacher ses différences de vue sur ce sujet. Enfin, reste la Commission qui a déployé une intense activité. Elle a produit l'essentiel de la réflexion de

cette année 2003. Mais, ici également, les services de la Commission s'interrogent. Suite au signal politique adressé par le Parlement européen, dans le deuxième paquet ferroviaire et dans le rapport Herzog notamment, la Commission pourra-t-elle se démarquer de l'air du temps, qui plaide pour une gestion de l'intérêt général par les seules forces du marché ?

Dans une première partie, nous voudrions passer en revue l'action des institutions européennes en 2003, en particulier du Conseil européen, du Conseil des ministres et du Parlement européen. Dans une deuxième partie, nous examinerons l'interprétation qu'il faut donner à l'arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes dans l'affaire Altmark. Nous passerons rapidement en revue les travaux de la Convention consacrés aux SIG. Nous consacrerons une section importante au Livre vert et aux suites qui lui ont été réservées par les États membres, le Parlement européen, les partenaires sociaux et autres associations... Enfin nous essayerons de tirer une conclusion d'ensemble sur les grandes tendances à l'œuvre.

1. L'action des institutions européennes

1.1 Le Conseil européen

Le Conseil européen a essentiellement focalisé ses conclusions sur l'ouverture à la concurrence et la poursuite de la libéralisation, qui sont devenues un objectif en soi. Ainsi, le Conseil européen de printemps (20 et 21 mars 2003) note que *« des résultats notables ont été obtenus pour ce qui concerne, par exemple, l'ouverture des marchés énergétiques, la création d'un ciel unique, la modernisation de la politique de la concurrence... »* (Conseil européen, 2003 : point 8). Pour les chefs d'État et de gouvernement, il importe *« d'agir pour ouvrir et intégrer davantage les marchés européens, tout en améliorant le cadre réglementaire et en assurant un niveau élevé de protection des consommateurs »*. À cette fin, *« il convient de poursuivre l'intégration et d'accroître la connectivité des industries de réseau, tels que les secteurs de l'énergie, des transports et des télécommunications, tout en achevant et en élargissant les réseaux, en particulier dans la perspective de l'élargissement »* (Conseil européen, 2003 : point 12). Le Conseil européen appelle également à *« l'adoption finale rapide et à la mise en œuvre effective des directives et du règlement concernant les marchés intérieurs de l'électricité et du gaz conformément aux conclusions de Barcelone »* (Conseil européen, 2003 : point 28). S'agissant des transports, le Conseil européen

a invité le « Conseil 'Transports' à parvenir rapidement à un accord final sur le deuxième paquet ferroviaire, ainsi qu'à adopter rapidement le paquet 'ciel unique européen' et la directive sur les services portuaires » (Conseil européen, 2003 : point 29). Ouvrir davantage, réformer, poursuivre l'intégration, achever les chantiers... tels sont donc les leitmotivs martelés par les chefs d'État au cours de cette année 2003.

Un double message est clairement adressé à l'Union. Premièrement, la primauté de la croissance et de la compétitivité est affirmée et domine l'agenda pour les années à venir. Deuxièmement, les services d'intérêt économique général (SIEG) apparaissent subordonnés aux règles du traité en matière d'aide d'État et de concurrence. Les consommateurs sont cités, mais la valeur ajoutée du Conseil européen de Nice (7-9 décembre 2000), à savoir la cohésion économique, sociale, territoriale de l'UE, a été estompée. On assiste à un changement d'optique : les SIG n'apparaissent plus comme un des piliers du modèle social européen à défendre et à promouvoir mais plutôt comme une variable d'ajustement structurel dans la compétition que se livrent les grandes puissances économiques. Dans le chef du Conseil européen, il y a manifestement un appauvrissement perceptible dans la manière dont les SIG sont perçus. Cette orientation se confirme, en creux, dans l'Initiative pour la croissance⁽¹⁾ où les trois grandes industries en réseaux, qui sont aussi les grands services d'intérêt général, sont appréhendées comme les locomotives de la croissance pour l'Europe et non plus, au premier chef, comme le ciment de la citoyenneté de l'Union.

¹ Au cœur de l'Initiative européenne pour la croissance se trouve le programme *Quick start*. Celui-ci rassemble 54 projets d'investissement transfrontalier « prêts à démarrer », sélectionnés par la Commission en collaboration avec la Banque européenne d'investissement : 31 projets concernent le réseau européen de transport (TEN), 15 projets le réseau européen d'énergie et 8 projets les réseaux de communication, de R&D et d'innovation.

1.2 L'activité législative du Parlement européen et du Conseil

1.2.1 Transports

À la suite du premier paquet ferroviaire ⁽²⁾, qui n'a fait l'objet d'aucune évaluation de la part de la Commission, le deuxième paquet ferroviaire a occupé une grande partie de l'année 2003. Proposé par la Commission le 23 janvier 2002 (CCE, 2002a), ce deuxième paquet porte sur quatre propositions législatives liées qui visent à :

- étendre les droits d'accès à l'infrastructure aux services de fret ferroviaire à l'intérieur des États membre et accélérer l'ouverture du marché ;
- assurer la cohérence des champs d'application entre le réseau sur lequel l'accès sera ouvert et le réseau sur lequel les règles d'interopérabilité devront s'appliquer ;
- développer une approche commune de la sécurité et de mettre en place un système commun en ce qui concerne la délivrance, le contenu, la validité des certificats de sécurité ;
- créer une agence ferroviaire européenne qui assurerait, d'une part, le développement de normes communes de sécurité et le développement et la gestion d'un système de contrôle des performances de sécurité, et, d'autre part, la gestion à long terme du système des spécifications techniques d'interopérabilité.

² Le « premier paquet ferroviaire » est constitué de trois directives, entrées en vigueur le 15 mars 2001 : la directive sur l'accès à l'infrastructure, la directive sur les licences ferroviaires et la directive sur les capacités. Ces trois directives ont pour but une ouverture des marchés en deux étapes : en 2003 sur les 50 000 kilomètres de voies ferrées du réseau transeuropéen de fret ferroviaire ; en 2008 sur l'ensemble du réseau. En outre, elles visent à clarifier le rôle des acteurs. Les entreprises ferroviaires seront chargées du transport. La gestion des infrastructures sera assurée par un organisme indépendant qui fournit un droit d'accès aux infrastructures. Ces trois directives ont donné le coup d'envoi à la libéralisation du rail.

Le Parlement européen ⁽³⁾ et le Conseil se sont opposés sur le rythme de libéralisation du rail. Alors que Parlement et Conseil s'accordent sur la date du 1^{er} janvier 2006 pour l'ouverture à la concurrence des services de fret international sur l'ensemble du réseau européen, ils divergent sur l'ouverture à la concurrence des services de cabotage (fret domestique) : 2006 pour le Parlement européen contre 2008 pour le Conseil. Le Parlement européen a été au-delà de ce qu'avait proposé la Commission initialement en demandant en outre une ouverture complète du marché du transport de passagers en 2006.

Le Conseil « Transports » conclut alors un accord politique sur une position commune sur le deuxième paquet ferroviaire lors de sa réunion du 28 mars 2003 à Bruxelles ⁽⁴⁾ en demandant à la Commission de soumettre au plus tard le 1^{er} janvier 2007 un rapport sur la mise en œuvre et les effets de l'ouverture du marché ferroviaire. Dans la foulée, il adopte sa position commune le 26 juin 2003. Mais en seconde lecture, lors de la séance plénière du 23 octobre, le Parlement ⁽⁵⁾ revenait à la charge.

Dans son avis sur les amendements du Parlement européen, la Commission rappelle que sa proposition modifiée de règlement prévoit l'introduction d'une concurrence régulée par l'attribution de contrats de services publics ou de droits exclusifs. La Commission plaide en faveur d'une solution équilibrée et bien encadrée, qui devra faire l'objet d'une étude d'impact détaillée. Toutefois, la Commission accueille les amendements du Parlement européen concernant l'ouverture à la concurrence du secteur passagers « *comme un signal politique fort qui apportera un appui essentiel dans la préparation de ses futures propositions* » (CCE, 2003a : 4). Étant donné que Conseil et Parlement n'ont pu s'accorder,

³ Le Parlement européen a adopté en première lecture le deuxième paquet ferroviaire le 14 janvier 2003.

⁴ Pour rappel, trois pays (France, Belgique et Luxembourg) ont voté contre la proposition. Les raisons invoquées étaient l'absence de rapport de la part de la Commission concernant l'évaluation du premier paquet d'ouverture au marché.

⁵ La position commune est publiée au JO C 270E du 11 novembre 2003.

une procédure de conciliation s'est ouverte le 27 janvier 2004 pour tenter de trouver un compromis.

Un troisième paquet ferroviaire était en préparation. Il devait être déposé par la Commission à la mi-février 2004 et devait porter plus que probablement sur la libéralisation du transport passager, afin d'achever le marché intérieur dans le secteur ferroviaire. Concernant les obligations de service public, ni la présidence grecque, ni la présidence italienne n'ont fait avancer le dossier. Officiellement, il était question d'attendre l'arrêt Altmark ⁽⁶⁾ et l'avis de la Commission sur sa proposition initiale.

1.2.2 Énergie

Le Conseil devrait adopter rapidement le « paquet énergie » en vue de l'ouverture complète des marchés du gaz et de l'énergie pour les professionnels en 2004 et les ménages en 2007. Les directives 2003/54/CE (électricité) et 2003/55/CE (gaz) du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2003 ⁽⁷⁾ constituent incontestablement le moment fort du Conseil Énergie en matière d'obligations de service public. Dans leur article 3, les deux directives définissent un dispositif en matière d'obligations de service public. Dans le respect du principe de subsidiarité, les États membres doivent remplir un certain nombre de devoirs :

- veiller à ce que les entreprises d'électricité soient exploitées en vue de réaliser un marché de l'électricité concurrentiel, sûr et durable sur le plan environnemental ;

⁶ À cet égard, la Commission a publié, en date du 23 septembre 2003, un document portant amendement d'un règlement concernant les obligations de service public des contrats de service public dans le transport par rail, par route et par navigation intérieure.

⁷ La directive 2003/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2003 porte sur les règles communes pour le marché intérieur de l'électricité. Elle abroge la directive 96/92/CE (JO L 27 du 30 janvier 1997) du Parlement européen et du Conseil. La directive 2003/55/CE porte sur les règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel. Elle abroge la directive 98/30/CE du 22 juin 1998 (JO L 204 du 21 juillet 1998) (Parlement européen et Conseil de l'Union européenne, 2003a et b).

- imposer aux entreprises du secteur de l'électricité, dans l'intérêt économique général, des obligations de service public qui peuvent porter sur la sécurité, y compris la sécurité d'approvisionnement, la régularité, la qualité et le prix de la fourniture, ainsi que la protection de l'environnement, y compris l'efficacité énergétique et la protection du climat. Lorsqu'une compensation financière, d'autres formes de compensation ou des droits exclusifs sont offerts par un État membre pour l'accomplissement des obligations de service public ou de service universel, ce doit être d'une manière non discriminatoire et transparente ;
- protéger les clients finals et veiller à garantir une protection adéquate aux consommateurs vulnérables, y compris par des mesures destinées à les aider à éviter une interruption de la fourniture d'énergie.
- protéger les clients finals dans les régions reculées. Ils garantissent un niveau de protection élevé des consommateurs, notamment en ce qui concerne la transparence des conditions contractuelles, l'information générale et les mécanismes de règlement des litiges ;
- atteindre les objectifs en matière de cohésion économique et sociale, de protection de l'environnement, qui peuvent comprendre des mesures d'efficacité énergétique/gestion de la demande ainsi que des moyens de lutte contre le changement climatique, et de sécurité d'approvisionnement.

Les États membres doivent informer la Commission de toutes les mesures qu'ils ont prises pour remplir les obligations de service universel et de service public, y compris la protection des consommateurs et la protection de l'environnement, et de leurs effets éventuels sur la concurrence nationale et internationale. Il est à noter une différence – notable – entre les deux directives. Seule la directive gaz prévoit que les États membres veillent à ce que tous les clients résidentiels et, lorsqu'ils le jugent approprié, les petites entreprises ⁽⁸⁾,

⁸ Il s'agit des petites entreprises définies comme des entreprises employant moins de 50 personnes et dont le chiffre d'affaires annuel n'excède pas 10 millions d'euros.

aient accès au service universel, c'est-à-dire du droit d'être approvisionnés sur leur territoire, en bénéficiant d'une qualité bien définie, et à des prix raisonnables, aisément et clairement comparables et transparents.

Enfin, les deux directives prévoient que la Commission remette au Conseil et au Parlement un rapport général sur l'état de la situation portant notamment sur les conséquences économiques, environnementales et sociales de l'ouverture des marchés de l'électricité et du gaz pour les consommateurs. En conclusion, la directive « service universel » présente d'indéniables avancées :

- les trois piliers de Lisbonne sont intégrés dans la mise en œuvre comme dans l'évaluation : la cohésion sociale et territoriale, de même que la protection de l'environnement sont réaffirmées ;
- les obligations de service public sont étendues jusqu'à la protection du climat (il aurait été souhaitable que les notions d'accessibilité et d'adaptabilité soient intégrées) ;
- la latitude relativement large laissée aux États membres pose évidemment la question du degré d'harmonisation et du niveau de protection dans une Europe élargie.

1.2.3 Télécommunications

En mars 2002, le Parlement européen et le Conseil ont adopté un nouveau dispositif législatif (« paquet télécommunications ») (sur ce sujet, voir notamment De Streel et Queck, 2003 ; De Streel, 2003) appelé à encadrer le secteur des communications électroniques et à remplacer le cadre réglementaire de 1998. Ce nouveau dispositif, qui se compose d'une directive-cadre « libéralisation » des réseaux et services de communications électroniques et de quatre autres directives spécifiques, a pour principal objectif de rendre le secteur plus concurrentiel. Ce nouveau cadre réglementaire apparaît plus comme une évolution que comme une révolution. Il poursuit la philosophie de 1987, à savoir faire confiance dans les mécanismes du marché pour organiser au mieux les comportements humains et passer au crible la réglementation, qui doit être réduite au minimum. La directive est fondée sur le postulat que *« la concurrence et les forces du marché constituent le moyen le plus efficace pour satisfaire les besoins des utilisateurs, mais elle donne aux autorités réglementaires nationales les pouvoirs nécessaires pour protéger les intérêts*

des utilisateurs lorsque le besoin s'en fait sentir» (CCE, 2003b : 39). Une de ces propositions de directive concernait le service universel au regard des réseaux et services de communications électroniques (Parlement européen et Conseil de l'Union européenne, 2002a). La directive définit le service universel comme l'obligation pour un ou plusieurs opérateurs de réseaux et/ou de services de communications électroniques de fournir, à un prix raisonnable, un ensemble minimum de services à tous les utilisateurs, indépendamment de leur situation géographique sur le territoire national. Elle impartit aux États membres un ensemble d'« obligations de service universel » :

1. les services de télécommunication doivent être mis à la disposition de tous les utilisateurs sur leur territoire, indépendamment de leur position géographique, au niveau de qualité spécifié et à un prix abordable ;
2. au moins un annuaire complet, mis à jour au minimum une fois par an, de même qu'un service de renseignements téléphoniques doivent être mis à la disposition des utilisateurs finaux ;
3. des postes téléphoniques payants publics doivent être mis à disposition afin de répondre aux besoins des utilisateurs finaux, en termes de couverture géographique, d'accessibilité de ces postes pour les utilisateurs handicapés ou de qualité des services ;
4. les utilisateurs handicapés doivent bénéficier d'une offre adaptée à leurs besoins ;
5. les consommateurs ayant de faibles revenus doivent avoir accès à des formules tarifaires spéciales ou bénéficier d'une aide particulière. En outre, les États membres peuvent exiger des entreprises assumant des obligations de service universel de respecter un encadrement des tarifs, y compris une péréquation géographique, sur l'ensemble du territoire national ;
6. des objectifs de performance sont définis à destination des entreprises assurant des obligations de service universel.

On remarquera que la directive « service universel » définit un cadre global mais laisse le soin aux États membres de mettre en œuvre les obligations de service universel. Les autorités nationales sont chargées d'inciter les opérateurs à remplir leurs obligations de service universel de manière rentable. En outre, les coûts qui doivent être pris en

considération doivent être aussi limités que possible (accès aux services téléphoniques d'urgence, aux téléphones payants publics et à certains services ou équipements destinés aux personnes handicapées), et ce afin de réduire autant que possible les barrières à l'entrée de nouveaux opérateurs. Enfin, dans une annexe, la directive fixe la procédure de réexamen de la portée du service universel, qui pourrait intervenir en 2005. À cet égard, la députée PS Karine Lalieux et alii (Lalieux *et al.*, 2004) demandent, dès à présent, que l'accès à l'Internet et la mobilophonie soient intégrés dans le service universel, et ce afin de réduire la fracture numérique.

Par rapport aux directives « Énergie », la moindre exigence en matière d'obligations de service public est patente. Elle indique, au passage, l'intérêt que pourrait revêtir une directive-cadre qui définirait des principes directeurs. Les trois dimensions de Lisbonne sont absentes de l'évaluation : les aspects de cohésion sociale et de protection de l'environnement sont peu ou pas mentionnés. Après quinze années de libéralisation, il n'y a toujours pas de culture réglementaire européenne commune. Les marchés restent fragmentés le long des frontières nationales. La sécurité juridique s'en trouvera nécessairement affectée au regard, notamment, du développement important des *soft laws* censées accompagner le nouveau cadre.

1.2.4 Poste

Suite au Conseil européen de Barcelone (15 et 16 mars 2002), qui avait appelé à l'accélération de la libéralisation de tous les marchés de l'UE, la directive 2002/39/CE (Parlement européen et Conseil de l'Union européenne, 2002b), modifiant la directive 97/67/CE, a fixé un calendrier pour la réalisation progressive de cette libéralisation en deux étapes : le 1^{er} janvier 2003 pour les lettres de poids inférieur à 100 grammes (ou celles dont le coût d'affranchissement est plus de trois fois supérieur au tarif d'une lettre normale) et le 1^{er} janvier 2006 pour les lettres d'un poids supérieur à 50 grammes (ou celles dont le coût d'affranchissement est plus de deux fois supérieur au tarif d'une lettre normale). Les États membres doivent veiller à ce que la directive sur les services postaux soit mise en œuvre intégralement et dans les délais prévus. La Commission achèvera en 2006 une étude qui évaluera, pour chaque État membre, l'impact qu'aura, sur le service universel, l'achèvement intégral du marché intérieur des services postaux. Sur la

base des résultats de cette étude, la Commission présentera d'autres propositions visant, le cas échéant, à libéraliser l'ensemble des services postaux. La prochaine échéance pour l'ouverture de l'ensemble des services postaux est fixée à 2009.

1.2.5 L'eau, prochaine étape de la libéralisation ?

La libéralisation du secteur de l'eau sera certainement le grand débat de la prochaine législature. Dans sa communication intitulée « Stratégie pour le Marché intérieur – Priorités 2003-2006 » du 7 mai 2003, la Commission précise que *« les services de la Commission procéderont à une analyse de la situation juridique et administrative dans le secteur de l'eau et des eaux usées. Cela inclura une analyse des aspects concurrentiels dans le plein respect des garanties du traité concernant les services d'intérêt économique général, ainsi que des dispositions relatives à l'environnement »* (CCE, 2003c : 14). Le directeur général de la DG Concurrence, le Britannique Philip Lowe, précise dans un courrier adressé aux États membres, en date du 2 juin 2003, que cette initiative fait suite à une étude sur la concurrence dans le secteur de l'eau effectuée pour la DG Concurrence ⁽⁹⁾. Dans un premier temps, il s'agit, pour la Commission, de recueillir des informations sur le secteur de l'eau dans les États membres en vue de *« moderniser le cadre juridique »*, expression pudique qui indique la volonté de la Commission d'y appliquer les règles de la concurrence. Toutes les options seront envisagées, y compris l'adoption éventuelle de mesures législatives. Au sein de la Commission, on estime que *« le débat est mûr pour une discussion au niveau communautaire et que c'est un secteur auquel il faut s'attaquer »*.

Dans leur réponse commune, les autorités belges ⁽¹⁰⁾ ont indiqué que *« l'eau n'est pas un bien marchand comme les autres (...). Le statut particulier de l'eau, la continuité et le long terme qui s'imposent pour le gérer dans une perspective de développement durable (...) ne se prêtent pas à une libéralisation mais amènent, au contraire, à stabiliser et à pérenniser la maîtrise publique du secteur de l'eau »*.

⁹ Disponible sur <http://europa.eu.int/comm/competition/publications/#water>.

¹⁰ Il s'agit de la réponse commune des trois Régions (Région flamande, Région wallonne et Région de Bruxelles-Capitale) au nom des ministres régionaux de l'Environnement.

Les services de la Commission sont occupés à dépouiller les réponses des États membres. Il est probable que la Commission Prodi ne courra pas le risque d'une initiative avant les élections du Parlement européen. Il faudra probablement attendre le début de l'année 2005 pour vérifier les intentions de la Commission en la matière. L'enjeu concerne la libéralisation de la distribution d'eau (gestion commerciale du compteur et des métiers associés) et l'entrée sur les marchés nationaux de sociétés de courtage, notamment par la voie de marchés de concessions, ce qui pourrait faire voler en éclat l'intégration des quatre métiers de base (production, distribution, mesure et contrôle de la qualité) de la gestion du cycle de l'eau ⁽¹⁾.

Le sujet est explosif. En effet, si les États membres sont, en majorité, hésitants ou réticents à s'engager dans une libéralisation du cycle de l'eau, il n'en va pas de même de leurs industries. Ainsi, les deux plus grands opérateurs allemands de l'électricité (RWE et EON), de même que l'opérateur français (Vivendi Eau, ex-Lyonnaise des Eaux), se montrent déjà très actifs sur le marché de l'acquisition d'opérateurs dans le métier de l'eau.

2. Les trois moments charnières de 2003

2.1 L'activité de la Cour de justice des CE : l'arrêt *Altmark* ⁽¹²⁾ et ses suites

L'affaire remonte à 1990. L'entreprise allemande *Altmark Trans* obtient des licences et des subventions pour le transport de personnes par autobus dans le Landkreis (canton) Stendal. En 1994, les autorités allemandes renouvellent les licences d'*Altmark* tout en rejetant celle de la société *Nahverkehrsgesellschaft Altmark*, une autre société de transport par autobus. Celle-ci introduit un recours devant les juridictions allemandes en affirmant qu'*Altmark Trans* n'était pas une entreprise économiquement saine puisqu'elle n'aurait pas été capable de

¹¹ À titre d'exemple, la gestion du cycle de l'eau est assurée, en Région wallonne, par 73 producteurs, 81 distributeurs (souvent producteurs) – dont 63 régies et services communaux, 17 intercommunales et une société régionale – ainsi que 8 épurateurs.

¹² CJCE, 24 juillet 2003, *Altmark Trans GmbH*, affaire C-280/00.

survivre sans subventions publiques et que, dès lors, les licences étaient illégales. Dans son jugement, la Cour confirme la jurisprudence Ferring⁽¹³⁾, selon laquelle une intervention étatique compensant des prestations effectuées par des entreprises pour exécuter des obligations de service public ne constitue pas un « avantage » et ne peut donc être qualifiée d'aide d'État. La Cour précise dans cet arrêt les quatre conditions que doit remplir une telle compensation pour échapper à la qualification d'aide (en résumé : définition claire des obligations de service public ; paramètres objectifs et transparents pour le calcul de la compensation ; absence de « surcompensation », et détermination du niveau de compensation des obligations de service public sur la base d'une analyse des coûts qu'une entreprise moyenne, bien gérée et adéquatement équipée, aurait réalisée). Cette jurisprudence apporte, en complément de la jurisprudence Ferring, une grille de lecture très utile quant à l'appréciation de la qualification du financement en cause et à la méthode de calcul de la compensation nécessaire pour couvrir tout ou partie des coûts occasionnés par l'exécution des obligations de service public. Les arrêts Ferring et Altmark ont fait progresser le débat sur le financement des SIEG. Mais ces arrêts ne concernent que les subventions publiques. Qu'en est-il des autres formes de financement telles que les compensations sous forme d'exonération fiscale, de crédits d'impôt ou d'avantages en nature ? De la péréquation tarifaire entre activités rentables et non rentables ? De la contribution des usagers et des opérateurs du marché ? L'arrêt Altmark constitue une avancée, mais la Cour laisse subsister des zones d'incertitudes qui posent la question de l'opportunité d'un instrument communautaire (directive-cadre). Ces questions ont notamment trait à :

- la nature des obligations de service public susceptibles d'être compensées par des financements publics ;
- la portée exacte de l'obligation de transparence qui pèse sur les États pour le calcul de la compensation accordée aux entreprises chargées d'obligations de service public ;

¹³ CJCE, 22 novembre 2001, *Ferring SA*, affaire C-53/00.

- les paramètres (nature des coûts pertinents, méthode de calcul...) retenus par les États pour servir de base au calcul de la compensation de même que le paramètre lié au « bénéficiaire raisonnable » pour l'exécution des missions de service public.

En outre, l'arrêt Altmark soulève de nouvelles questions : quel est le coût du service public ? Quelle est la partie du surcoût qui devient illicite ? Le montant compensatoire doit-il être équivalent au prix du marché ? Si les SIEG sont attribués aux entreprises ayant le coût le plus faible, cela ne condamne-t-il pas tous les opérateurs à un nivellement vers le bas en termes de services prestés ? Dans le débat sur la compensation liée au coût du service public, trois questions au moins doivent être posées :

- la logique selon les coûts et la vérité des prix ne va-t-elle pas conduire à un désengagement territorial et social, au moins partiel, des opérateurs de SIEG voire à une hausse des prix, notamment dans les régions périphériques (risque d'écrémage) ?
- quels sont les coûts à prendre en compte ? Comment évaluer les coûts liés à la cohésion économique, sociale et environnementale ? Le calcul des coûts effectifs inclut-il les coûts de la cohésion, de la continuité et du développement à long terme ?
- ne faudrait-il pas se poser la question d'une harmonisation au niveau européen des méthodes de calcul des coûts, notamment pour les services d'intérêt général en réseaux ? Ne convient-il pas de réfléchir à d'autres formes de financement possibles, notamment au niveau européen ?

Pour répondre aux nombreuses questions laissées ouvertes par l'arrêt Altmark, la Commission a déposé sur la table, le 4 février 2004, trois documents :

- une décision applicable aux petits opérateurs de SIEG, fondée sur l'article 86 § 3 du traité CE. Cette décision vise à reconnaître que certaines aides de faible montant peuvent être compatibles avec le traité et être exemptées de notification préalable à la Commission ;
- un nouvel encadrement communautaire, qui énoncera des critères clairs et des procédures simplifiées pour apprécier les « compen-

sations» accordées par les grands opérateurs de SIEG pour financer les obligations de service public ;

- une légère modification de la directive 80/723 CE relative à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques pour se conformer à l'obligation de tenir une comptabilité séparée qui porte sur les coûts spécifiques des activités de SIEG.

2.2 Les travaux de la Convention et les SIG

Avant que le Conseil européen de Bruxelles (12 et 13 décembre 2003) ne débouche finalement sur un échec et ne remette en cause le travail accompli par les 105 conventionnels après 18 mois d'intenses négociations⁽¹⁴⁾, il nous faut revenir sur le projet de traité établissant une Constitution pour l'Europe, tel qu'il a été rendu public par le Praesidium de la Convention le 18 juillet 2003 à Rome (Convention européenne, 2003). Le document final prévoit en effet dans sa partie III relative aux politiques et au fonctionnement de l'Union, un article III-6⁽¹⁵⁾ qui reprend l'essentiel de l'article 16 du traité CE. Il lui confère une portée juridique nouvelle, même si d'aucuns ont relevé que cet article maintenait les SIEG dans un état de subordination par rapport aux règles de concurrence et que le champ de cette disposition restait limité aux services d'intérêt économique général. On passera rapidement sur le fait que l'article III-6 est inséré dans la partie III, intitulée « clauses d'application générale », alors que l'article 16 actuel s'insère dans la première partie du traité relative aux « principes ».

¹⁴ Pour une description complète de la genèse de l'article III-6 du projet de traité, voir notamment Rodriguès, 2003.

¹⁵ « *Sans préjudice des articles III-55 (ex-article 73), III-56 (ex-article 86) et III-136 (ex-article 87), et eu égard à la place qu'occupent les services d'intérêt économique général en tant que services auxquels tous dans l'Union attribuent une valeur ainsi qu'au rôle qu'ils jouent dans la promotion de sa cohésion sociale et territoriale, l'Union et ses États membres, chacun dans les limites de leurs compétences respectives et dans les limites du champ d'application de la Constitution, veillent à ce que ces services fonctionnent sur la base de principes et dans des conditions, notamment économiques et financières, qui leur permettent d'accomplir leurs missions. La Loi européenne définit ces principes et ces conditions* » (Convention européenne, 2003 : 62).

Retenons que ces clauses d'application générale invitent l'UE et ses États membres à prendre en compte, dans toutes leurs politiques, les exigences relatives au bon fonctionnement des SIEG. Deux autres amendements méritent d'être soulignés. Le premier amendement est une réécriture de l'article 16 (« *eu égard à la place qu'occupent les SIEG en tant que services auxquels tous dans l'Union attribuent une valeur* ») qui paraît en retrait par rapport à la formule actuelle (« *eu égard à la place qu'occupent les SIEG parmi les valeurs communes de l'Union* »). Stéphane Rodriguès relève toutefois que « *ce n'est plus seulement l'Union qui est concernée à travers ses valeurs communes, mais 'tous', c'est-à-dire également les États, les collectivités locales, les acteurs socio-économiques, et en fin de compte, les citoyens européens* » (Rodriguès, 2003 : 508). Le second amendement apporte une précision quant à la nature des conditions dans lesquelles les SIEG doivent fonctionner pour leur permettre d'accomplir leurs missions. Celles-ci sont « *notamment économiques et financières* ». Il est clair que cette incise, même si elle n'ajoute rien en termes juridiques, se fait l'écho des préoccupations de la Cour de justice qui est revenue à de multiples reprises sur les questions de compensations et de coût des missions de service public. On lui aurait préféré une référence plus nette aux principes d'adaptabilité, de continuité, d'égalité d'accès, de gratuité, d'évaluation démocratique, de participation ou de précaution comme certains conventionnels l'avaient souhaité¹⁶). Mais c'est surtout la dernière phrase de cet article III-6 qui offre le plus de potentialités : « *la loi européenne définit ces principes et ces conditions* ». Tout d'abord, il s'agit d'une prescription impérative qui oblige la Commission à utiliser son droit d'initiative pour présenter une proposition de loi européenne qui devra être adoptée conjointement par le Parlement européen et le Conseil dans le cadre de la future procédure visée à l'article III-302 du projet de Constitution, à savoir l'actuelle procédure de co-décision. Ensuite, on y trouve une éventuelle justification en faveur d'un rééquilibrage entre le droit de la concurrence et l'exercice des missions de service public.

¹⁶ Voir notamment en ce sens les amendements Lequiller, Proinsias de Rossa, Lichtenberger-Nagy-MacCormick-Wagener, cités in Rodriguès (2003 : 506).

2.3 Le Livre vert sur les SIG et la question de la directive-cadre

Publié le 21 mai 2003 (CCE, 2003d), en réponse à la demande du Parlement européen de novembre 2001 (Parlement européen, 2001) et aux conclusions du Conseil européen de Barcelone (15 et 16 mars 2002), le Livre vert sur les services d'intérêt général (SIG) est un document témoin qui fera date. L'objectif de la Commission était de stimuler la discussion⁽¹⁷⁾ sur la promotion de la fourniture de services publics de haute qualité dans l'UE. Il a fait l'objet d'une large consultation. Pas moins de 281 contributions⁽¹⁸⁾ ont été recensées par la Commission⁽¹⁹⁾. Hormis le Luxembourg, tous les membres de l'UE-15 ont envoyé une contribution. À l'inverse, seuls trois des nouveaux pays membres (Lituanie, Pologne et République tchèque) ont répondu. Se situant à la croisée de plusieurs rendez-vous cruciaux de l'Union, les réponses au Livre vert sont au cœur du débat politique⁽²⁰⁾. Elles révèlent une photographie intéressante de l'état du rapport de force interne à l'Union entre les tenants du *statu quo*, voire d'une dérégulation, et ceux qui estiment, au contraire, que la protection des SIG doit être renforcée en raison de la nature même de leurs missions, notamment au regard de la libéralisation. Ce débat touche à la question centrale du rôle joué par les autorités publiques dans une économie de marché.

¹⁷ À cette fin, 30 questions ont été soumises à la consultation publique. Toutes les parties intéressées avaient jusqu'au 15 septembre 2003 pour faire part de ses contributions.

¹⁸ À titre de comparaison, plus de 6 000 réponses ont été adressées à la Commission concernant la consultation sur les produits chimiques (projet de règlement « REACH »).

¹⁹ Les contributions peuvent être consultées sur le site de la Commission (http://europa.eu.int/comm/secretariat_general/services_general_interest/comments/public_en.htm).

²⁰ De nombreuses réunions ont eu lieu en 2003. Citons notamment la conférence publique organisée par la commission monétaire et financière du Parlement européen, 11 juin 2003 (<http://www.europarl.eu.int/hearings/20030611/econ/default.htm>) et le séminaire organisé par les gouvernements belge et français à Paris le 21 novembre 2003.

D'entrée de jeu, le Livre vert accorde aux services d'intérêt général une place de choix. « *Ils font partie des valeurs partagées par toutes les sociétés européennes et constituent un élément essentiel du modèle de société européen. Leur rôle est capital pour améliorer la qualité de vie de tous les citoyens et lutter contre l'exclusion sociale et l'isolement* » (CCE, 2003d : 3). Toutefois, pour la Commission, il est un prérequis indiscutable : la libéralisation est globalement positive. Sans se référer à des informations vérifiables, donc contradictoires, et de manière quelque peu péremptoire ⁽²¹⁾, la Commission énumère les bienfaits de la libéralisation des services d'intérêt économique général : concurrence accrue, réduction des prix, compensation des pertes d'emploi par la création de nouveaux emplois. Dans ce contexte, le débat que le Livre vert a lancé aborde cinq questions :

- la portée d'une éventuelle action communautaire dans le respect du principe de subsidiarité ;
- les principes susceptibles d'être inclus dans une éventuelle directive-cadre ou dans un autre instrument général sur les SIG et leur valeur ajoutée ;
- la définition de la bonne gouvernance en matière d'organisation, de réglementation, de financement et d'évaluation des SIG ;
- les mesures susceptibles d'accroître la sécurité juridique et de permettre une adéquation entre le maintien de SIG de qualité et les règles relatives à la concurrence et au marché intérieur ;
- le défi de la mondialisation.

Ces cinq chapitres contiennent trente questions qui encadrent la réflexion. Les réponses à ces questions, disponibles sur Internet, sont destinées à guider l'action éventuelle de la Commission.

²¹ Pour mieux juger de l'impact global, il aurait été intéressant que la Commission donne également les chiffres des emplois perdus ou détruits suite à la libéralisation et aux restructurations qui ont suivi.

2.3.1 Les contributions au Livre vert sur les services d'intérêt général

De manière générale, le Livre vert a été bien accueilli. La plupart ont salué le fait qu'il traite à la fois des services d'intérêt économique général (SIEG) et des services d'intérêt général non économiques (SIGNE), bien que ceux-ci ne disposent pas de base légale dans le traité CE.

Le rôle de l'UE et la nécessité d'amender le traité. Il n'y a pas de consensus sur la nécessité d'ajouter une référence aux SIG dans le traité. Les avis se sont partagés entre deux camps : les partisans du *statu quo* et ceux qui proposent de modifier, peu ou prou, le traité CE : soit inclure une référence aux SIG dans les objectifs de l'UE (article 3), de manière à clarifier leurs rôles, soit adapter l'article 86, § 3 du traité ou encore appuyer le nouvel article III.6 de la Convention. Quoi qu'il en soit, la plupart des réactions se sont accordées sur le fait de ne pas confier de pouvoir additionnel à la Communauté dans le domaine des SIEG. La plupart de ceux qui se sont prononcés en faveur d'une modification du traité n'ont pas souhaité une extension des compétences de la Communauté dans ce domaine. Au contraire, plusieurs contributions ont appelé à un renforcement de la subsidiarité et la liberté des États membres à définir, organiser et financer les SIG au niveau national, régional ou local. Plusieurs voix ont appelé à traiter, dans une directive-cadre, de l'application des règles communautaires aux SIG, de la distinction SIEG-SIGNE et de l'effet sur le commerce entre États membres. Si d'aucuns envisagent la nécessité d'un cadre réglementaire pour les industries de réseau, personne n'entend établir de cadre communautaire pour les services sociaux, la protection sociale ou le service public de radiodiffusion. De l'avis général, il n'est pas nécessaire de créer des régulateurs européens à ce stade. Les services doivent être gérés au plus près possible des marchés. En revanche, la plupart s'accordent sur l'intérêt de réseaux européens de régulateurs, une formule de coopération plus appropriée.

Législation sectorielle spécifique et cadre juridique général. Les avis se sont nettement partagés entre tenants et opposants à un instrument cadre. Ceux qui se prononcent en faveur d'un instrument cadre envisagent celui-ci comme un outil pour promouvoir la cohérence et le renforcement des règles applicables aux services d'intérêt général ainsi que les responsabilités respectives de la Communauté et des États

membres. Cet instrument cadre couvrirait des questions telles que la définition des principes généraux concernant la fourniture des services d'intérêt général (accès, service universel, transparence, adaptabilité, non discrimination, continuité...), leur financement, leur organisation, leur régulation, leur évaluation et le rôle des États membres, en ce compris les niveaux régionaux et locaux, et la Communauté. Ce cadre couvrirait également les dispositions en matière de calcul de coût et de droits exclusifs. Beaucoup attendent d'un tel instrument qu'il restreigne l'application des règles du marché unique et de la concurrence aux SIG. Certains vont jusqu'à proposer l'exemption des règles de concurrence et du marché unique. Ceux qui sont opposés à un instrument cadre avancent, au contraire, que la législation actuelle basée sur une approche sectorielle spécifique a fait ses preuves. Il n'est pas nécessaire d'introduire une réglementation cadre. Les articles 16 et 86 (2) du traité actuel suffisent. Une contradiction pourrait surgir entre l'instrument cadre et la législation sectorielle existante. Cela pourrait retarder la « normalisation » de certains secteurs, remettre en question la législation sectorielle voire aboutir à un retour en arrière dans la plupart des secteurs libéralisés. Une telle législation cadre entraînerait inévitablement des charges et des coûts supplémentaires. Elle serait nécessairement complexe et peu transparente. Le niveau différent de libéralisation des secteurs rendrait malaisé l'établissement de cet instrument cadre.

La distinction entre SIEG et SIGNE. En général, la distinction entre les deux est perçue comme importante et pertinente. Il semble largement accepté que la frontière entre les activités économiques et non économiques soit dynamique et évolutive. En conséquence, beaucoup considèrent qu'une liste *a priori* des activités non économiques doit être établie. Quelques voix se sont élevées pour suggérer l'établissement d'une liste négative des services qui ne font pas l'objet de la concurrence et des règles du marché intérieur (transports publics locaux, distribution et gestion de l'eau, services sociaux, soins de santé, éducation, culture et services fournis par des organisations sans but lucratif). À cet égard, plusieurs commentateurs, venant notamment du secteur social, des syndicats et des régions, ont estimé qu'une distinction entre services économiques et non économiques qui se baserait uniquement sur le marché serait par trop étroite. Ceux-là plaident en faveur de critères

plus larges, tels que les objectifs sociaux et environnementaux, l'absence de profits ou la participation de bénévoles... pour établir si un service est de nature économique ou non économique. Certains estiment même que les activités venant d'organisations non lucratives ou d'organisations qui réinvestissent leurs profits dans des activités de service public doivent être considérées comme étant de nature non économique (22). D'autres commentaires, émanant de l'industrie, soulignent, au contraire, que la définition fonctionnelle actuelle basée sur la nature de l'activité est appropriée et doit être maintenue. Quoi qu'il en soit, il y a un large accord pour reconnaître que la Communauté ne devrait pas revendiquer de pouvoirs supplémentaires dans le domaine des services non économiques.

Un ensemble commun d'obligations de service public. Les différences d'approche concernant l'instrument cadre se reflètent aussi dans les réponses au sujet des obligations de service public (OSP). Comme pour la directive cadre, les avis sont partagés. Les uns contestent formellement le besoin d'établir un ensemble commun d'obligations au niveau communautaire qui serait forcément trop large et induirait une charge administrative superflue. Les OSP doivent être définies secteur par secteur. La réforme des communications électroniques est un exemple d'une réglementation spécifique réussie. Les autres estiment au contraire que cette définition commune est nécessaire et trouverait à s'appliquer dans les grandes industries de réseaux. Un large accord semble se dégager pour reconnaître qu'une harmonisation plus poussée des OSP n'est pas souhaitable. En revanche, il y a un grand intérêt pour l'échange de bonnes pratiques et dans l'étalonnage concernant l'organisation des services. S'agissant des relations entre la Communauté et les États membres, il est admis que la réglementation communautaire se limite à établir les principes et les objectifs. Les États membres doivent garder le pouvoir d'intégrer ces principes au niveau national et régional. En particulier, l'organisation, le financement et le contrôle des services d'intérêt général doivent rester l'apanage des États membres, même si certaines voix se sont élevées en faveur d'une régulation communautaire.

²² Pour rappel, la Commission estime que le statut d'une organisation n'est pas pertinent pour juger des activités fournies par elle au sens des règles du traité CE. Seule compte la nature du service presté.

Le financement. La plupart souhaitent une clarification des règles de financement. Le souhait d'une plus grande sécurité juridique est particulièrement invoqué pour les services locaux. Nombreux sont ceux qui commentent l'arrêt Altmark, qui est vu comme une étape positive mais non suffisante pour assurer une plus grande clarté sur le plan juridique. Certains proposent l'adoption d'un règlement d'exemption⁽²³⁾ en se référant à l'approche en deux étapes de la Commission⁽²⁴⁾ dans le rapport pour le Conseil européen de Laeken : établissement d'un cadre communautaire puis, après évaluation, un règlement exemptant certaines aides de l'obligation de notification préalable. D'autres demandent que cette clarification ne prenne pas la voie législative. L'industrie se prononce clairement en faveur d'une stricte application des règles de concurrence en matière d'aides d'État. Pour elle, le cadre existant suffit. Les clarifications souhaitées traduisent une volonté d'affaiblir les règles existantes. Un large accord semble animer les États membres qui veulent déterminer librement le mode de financement des SIG. Ainsi, il ressort qu'il n'y a pas de financement idéal qui s'adapterait à toutes les situations et à tous les services. Ce sont les États membres qui sont les mieux placés pour choisir le mode de financement.

Les risques d'écrémage. Un nombre significatif de commentaires exprime que le problème est largement à l'œuvre dans les secteurs libéralisés et conduit à des résultats contraires à l'efficacité et à l'intérêt général, à l'inverse d'autres, qui disent que cela ne constitue pas un problème dès lors que les secteurs sont pleinement libéralisés.

L'évaluation. Les différentes contributions attachent un degré d'importance relatif à ce sujet. L'évaluation apparaît à certains comme un défi très important, voire même essentiel ; il apparaît à d'autres comme de

²³ À cet égard, il semble d'ailleurs qu'un certain nombre de contributions confondent la question d'une directive cadre avec celle de la clarification des aides d'État. Beaucoup d'organisations qui se sont prononcées en faveur de l'instrument cadre attendent de celle-ci qu'elle règle les conditions de financement des SIG.

²⁴ Voir les points 27 à 29 du rapport de la Commission à l'intention du Conseil européen de Laeken sur les services d'intérêt général (CCE, 2001).

moindre importance, voire secondaire. Comme pour les autres volets de la consultation, les avis sont dispersés. Certains estiment que l'évaluation communautaire actuellement réalisée dans le cadre du processus de Cardiff, tant au niveau vertical qu'horizontal, est suffisante. D'autres suggèrent, au contraire, que tous les services d'intérêt général, économiques et non économiques, devraient être évalués au niveau communautaire. D'autres encore estiment que l'évaluation doit se faire au niveau national, régional ou local. Ainsi, les services locaux devraient être évalués par des administrations locales. Il en va de même pour les services de radiodiffusion. Un large accord se dégage pour reconnaître que l'évaluation est multidimensionnelle et qu'elle doit être basée non seulement sur des critères d'efficacité économique et de concurrence à court terme, mais également sur des critères politiques, économiques, sociaux et environnementaux⁽²⁵⁾. Certains suggèrent une approche plus large et plus complète et soulignent la nécessité d'une évaluation pluraliste. Il est par exemple proposé que les partenaires sociaux soient également impliqués dans le processus d'évaluation. La nécessité de discuter les résultats de l'évaluation avec toutes les parties prenantes est également mentionnée. Au contraire, certaines voix, émanant notamment de l'industrie, font valoir que les informations pertinentes sont déjà largement disponibles et sont opposées à toute obligation en ce sens.

La dimension internationale. La nécessité d'assurer une cohérence entre le cadre réglementaire interne à la Communauté et les obligations internationales a été fortement soulignée. À l'inverse, il est également souligné que le cadre interne doit se conformer aux obligations de l'Organisation mondiale du Commerce (OMC). L'industrie attend de la Communauté qu'elle négocie d'autres ouvertures du marché dans le cadre des négociations de l'OMC de manière à créer des nouvelles opportunités d'affaire pour les entreprises européennes. À l'inverse, d'autres (États membres, associations) ont souhaité que la Communauté ne s'engage pas davantage dans l'ouverture de marchés avant que les effets de la libéralisation n'aient été soigneusement évalués. Une série de commentaires soulignent la nécessité de protéger les services publics

²⁵ À cet égard, la Communication de la Commission sur la méthodologie de l'évaluation de 2002 est vue comme appropriée par certains (CCE, 2002b).

dans les négociations commerciales. Il reviendrait à l'UE et aux États membres de définir un cadre réglementaire et institutionnel assurant les opérateurs de SIG d'accomplir les missions de service public qui leur sont confiées. Certains commentaires vont plus loin et suggèrent de revoir l'accord du GATS (*General Agreement on Trade in Services*, au sein de l'OMC, *NDLE*) de manière à renforcer la protection des SIG. Certains suggèrent qu'une exemption pour tous les services d'intérêt général soit négociée dans le cadre de l'OMC. Plusieurs secteurs, tels que l'éducation, les services sociaux, la santé et l'eau, seraient exclus du champ d'application de l'OMC. Le même clivage se retrouve pour ce qui concerne les services audiovisuels. La plupart des intervenants souhaitent que l'approche de la Communauté sur les SIG soit clarifiée dans le contexte des négociations commerciales internationales.

2.3.2 Évaluation de la consultation Internet

La consultation Internet indique une ligne de partage entre les États membres, qui se décline *grosso modo* comme suit :

- un groupe de pays convaincus par la nécessité de défendre et de promouvoir les SIG, emmenés par la France et la Belgique et appuyés par bon nombre d'associations (syndicats, ONG...). Ceux-ci sont globalement favorables à la méthode communautaire et à un instrument cadre pour assurer une plus grande sécurité juridique ;
- un groupe d'opposants, qui se déclarent partisans d'un *statu quo* voire d'une déréglementation : font notamment partie de ce groupe le Royaume-Uni⁽²⁶⁾, l'Espagne, les Pays-Bas, la Suède et le Danemark mais également une grande partie des entreprises ;
- un groupe de pays sceptiques : neutres ou relativement ouverts au plan des principes, ces pays apparaissent peu favorables, dans les faits, à toute avancée : l'Allemagne est dans ce cas. Ceux-là sont très sensibles à l'argument de la subsidiarité et craignent qu'un cadre juridique communautaire, qui entraînerait avec lui les règles de concurrence, ne sonne le glas des services d'intérêt général locaux ou de proximité.

²⁶ Ainsi, le Royaume-Uni qui estime que le service universel n'a pas à s'appliquer aux chemins de fer.

2.3.3 Le rapport Herzog et ses suites

Tout commence le 15 janvier 2003, lorsque la Commission économique et monétaire du PE désigne le Français Philippe Herzog (GUE) pour rédiger un rapport d'initiative sur le Livre vert sur les SIG (Parlement européen, 2003). Une année entière sera consacrée à des centaines de contacts, rencontres et à un travail de fond qui a permis à de multiples acteurs de s'exprimer. Le rapport sera discuté une première fois en commission parlementaire les 1^{er} et 7 octobre 2003. Il plaide en faveur d'une directive cadre sur les SIG, demande que l'Union établisse une définition et des principes communs et procède à un rééquilibrage du droit de la concurrence. Une attaque en règle ⁽²⁷⁾ est menée contre le rapport Herzog par les « rapporteurs fantômes » ⁽²⁸⁾ allemands, Werner Langen (CDU), auteur du rapport sur les SIG en novembre 2001, et Alexander Radwan (CSU) pour le PPE, et Bernard Rapkay pour le PSE. Un débat franco-allemand va cristalliser les discussions entre les tenants d'un cadre communautaire favorable aux SIG (pour faire bref) et ceux qui veulent s'en tenir à la subsidiarité et au cadre juridique existant. Pour répondre aux préoccupations allemandes et autrichiennes (portées par le député PPE, Othmar Karas), Philippe Herzog accroît dans son rapport la capacité de libre administration locale et régionale et réduit le pouvoir d'initiative de la Commission dans le cadre de l'article 86, § 3. Les règles du marché intérieur et celles de la concurrence doivent être ajustées, plaide-t-il. En outre, il met un bémol à la création d'une régulation européenne des réseaux. Un nouveau tour de carrousel a lieu le 15 décembre dans la commission économique et monétaire qui finalise les positions, puis le dossier est porté à la session plénière de Strasbourg. Les députés vont, à nouveau changer d'avis, défaisant certains acquis obtenus en commission parlementaire et adoptant des amendements de commission qui avaient été repoussés en décembre 2003. Le 14 janvier 2004, en séance plénière, le Parlement se prononce, par 383 voix pour, 123 contre et 13 abstentions, sur le rapport de M. Philippe Herzog. Si la

²⁷ À cet égard, voir le récit qu'en donne André Ferron (Ferron, 2003).

²⁸ Les rapporteurs fantômes ou « *shadow rapporteurs* » sont désignés ainsi par analogie aux gouvernements fantômes du Royaume-Uni. Il s'agit des responsables désignés par chaque groupe politique pour suivre les rapports, déposer les amendements et organiser les votes.

résolution finale a été adoptée à une large majorité, le vote de nombreux amendements, adoptés à de très courtes majorités, a mis en relief les clivages politiques. Quels sont les éléments clés du vote ?

La définition des services d'intérêt général. Au cours d'un vote très serré (266 voix pour, 255 contre et 16 abstentions), le Parlement européen dit « oui » aux principes communs, « non » à la définition commune mais confirme une approche sectorielle. Le PE reconnaît « qu'il n'est ni possible ni pertinent d'élaborer des définitions communes des services d'intérêt général et des obligations de service public qui en découlent ». Il rajoute toutefois que l'Union européenne « doit établir des principes communs tels que : universalité et égalité d'accès, continuité, sécurité, adaptabilité ; qualité, efficacité, accessibilité tarifaire, transparence, protection des groupes sociaux défavorisés, protection des usagers, des consommateurs et de l'environnement, et participation des citoyens, étant entendu qu'il convient de tenir compte des spécificités sectorielles ».

Le cadre juridique. Lors des débats, M. Herzog recommande le recours à une directive cadre pas « pour le plaisir de légiférer » mais parce qu'il convient de doter les services d'intérêt général d'un « statut positif, et non plus simplement dérogatoire », un statut que « les règles du marché et de la concurrence seront tenues de respecter ». Et de conclure : « en souhaitant une directive-cadre, nous reprenons simplement une demande énoncée dans le rapport Langen adopté en novembre 2001 ». Sur ce point, la plénière (470 voix pour, 59 contre et 9 abstentions – amendement PSE) rappelle « la base du consensus auquel (le PE) est parvenu dans sa résolution du 13 novembre 2001 (rapport Langen) et renouvelle son appel en faveur d'un cadre juridique qui doit être instauré au titre de la procédure de codécision, dans le respect du principe de subsidiarité, dès lors que les règles relatives au marché intérieur et à la concurrence auront été mises en œuvre ». En se prononçant en faveur d'un « cadre juridique en codécision » et non en faveur d'une « directive-cadre », le Parlement européen a adressé un message ambigu. Pour les uns, à commencer par Philippe Herzog, le message est positif car l'expression consacrée par l'Assemblée a, selon lui, tous les attributs d'une directive-cadre. Pour les autres, la formulation retenue constitue un sérieux coup d'arrêt quant à son aboutissement. En revanche, les partisans d'un *statu quo* crient victoire car, en revenant sur l'acquis du rapport Langen, ils pensent avoir écarté le danger d'une directive-cadre.

Par 472 voix pour, 42 contre et 21 abstentions (amendement PSE), le Parlement européen invite « *la Commission à présenter un suivi en avril 2004 au plus tard, afin de retirer les enseignements des consultations concernant le Livre vert et de prendre clairement position sur un cadre juridique éventuel* ». Sur cette question précise, le commissaire Pascal Lamy a considéré qu'il serait « *prématuré de tirer des conclusions* ». Il s'est cependant engagé à ce que la Commission présente des « *conclusions politiques avant la fin de la législature* ». Tout en ajoutant : « *bien sûr, il faudra décider (...) entre différentes options* ». Le PE refuse toute référence à la « *directive-cadre* » et au nouvel article III-6 proposé par la Convention. En revanche, le Parlement invite la Commission à ne pas recourir à l'article 86, § 3 du traité CE qui lui permet de légiférer sans passer par le Conseil et le Parlement européen.

Les missions des SIG. Pour le Parlement, « *les services d'intérêt général doivent assurer aux citoyens l'égalité d'accès et de traitement, la sécurité d'approvisionnement, la continuité et un degré élevé de qualité à des prix abordables, voire gratuitement lorsque la situation sociale l'exige* » (amendement GUE/NGL).

L'évaluation de la libéralisation. La plénière, par 290 voix pour, 233 contre et 6 abstentions (amendement GUE/NGL), considère que compte tenu « *des problèmes rencontrés avec la libéralisation dans certains secteurs, à l'exemple des transports ferroviaires en Grande-Bretagne, il est nécessaire d'évaluer, de façon pluraliste et contradictoire, l'impact sur l'emploi, les besoins des usagers, la sécurité, l'environnement, la cohésion sociale et territoriale, avant d'engager de nouvelles étapes de libéralisation* ». La plénière considère, à une très courte majorité (266 voix pour, 261 contre et 5 abstentions, – Verts/ALE) que « *la libéralisation des services publics essentiels et l'introduction de la concurrence ont, dans certains cas, apporté aux consommateurs des avantages majeurs en termes d'innovation, de qualité, de choix et de prix, cependant que, dans d'autres cas, l'existence des services publics a été compromise par le jeu des mécanismes de marché* ». La nécessité d'une évaluation des SIG, rejetée violemment en décembre 2003, est réaffirmée. Il faut évaluer les impacts de la libéralisation sur les SIG avant toute nouvelle ouverture à la concurrence.

Les régulations sectorielles. La plénière a tenu à préciser certains points relatifs à la délicate question des régulations sectorielles. Ainsi, par 265 voix pour, 249 contre et 11 abstentions (amendement GUE et *al.*), le Parlement européen « *refuse que les services de l'eau et des déchets fassent*

l'objet de directives sectorielles du Marché unique ; (...) demande toutefois, sans qu'il soit besoin d'aller aussi loin que la libéralisation, que l'approvisionnement en eau soit 'modernisé' en mettant en jeu des principes économiques conformément aux normes qualitatives et environnementales et aux impératifs d'efficacité ». Dans le même sens, le PE a estimé, par 266 voix pour, 233 contre et 21 abstentions (amendement Verts/ALE), que, si « *dans les secteurs de l'eau et des déchets, les services ne doivent pas faire l'objet de directives sectorielles de l'UE* », l'Union « *doit conserver toute sa responsabilité en ce qui concerne les normes de protection de la qualité et de l'environnement dans ces secteurs* ». En revanche, les SIG non économiques (éducation, santé, logement social, services sociaux, médias dans une moindre mesure) sont exclus du champ d'application des règles de la concurrence.

Que retenir du vote ? Les interprétations à donner divergent en fonction des familles politiques. Le rapporteur, Philippe Herzog, avait tendance à se réjouir du résultat du vote. « *Un compromis final acceptable a permis de rester fidèle à l'esprit de la précédente résolution du PE (2001), qui prévoyait notamment un acte législatif et une procédure d'évaluation démocratique* ». Il n'est pas étonnant, dès lors, que le rapporteur ait voté en faveur de la résolution. Dans les familles socialistes et écologistes, qui ont voté contre la résolution, l'analyse était différente. Ainsi, le groupe parlementaire du PSE évoquait « *un résultat en demi-teinte* ». Alors que la socialiste française Pervenche Berès déclarait que « *la tonalité générale du vote confirme l'hégémonie du droit de la concurrence sur les services d'intérêt général et fait l'apologie du tout marché* », le député belge Écolo Pierre Jonckheer y voyait une « *alliance des contraires* » entre ceux qui veulent une concurrence sans entraves et sont hostiles à la directive-cadre et à la remise en cause de la libéralisation, et les tenants de la subsidiarité, très attachés à la définition, aux règles de fonctionnement et au financement des SIG de proximité. Toutes les améliorations essentielles de la résolution n'ont pu être obtenues que contre le PPE et le groupe libéral grâce au soutien massif du PSE, des Verts et du groupe GUE. Le renfort de députés PPE français, belges et luxembourgeois a fait pencher favorablement la balance. Symptomatique est le vote sur le refus du recours par la Commission à l'article 86, § 3 lui permettant de légiférer seule dans le domaine des règles de concurrence. L'approbation de cet amendement, soutenu à 95 % par la gauche, n'aurait pas suffi pour être adopté : 212 voix contre 244. Le renfort de 28 PPE, 6 libéraux

et 7 EDD (les chasseurs français) a été déterminant. Le Parlement a donc délivré un message équivoque et contradictoire, fruit d'un compromis de circonstance entre des visions différentes voire opposées. Au final, on en conclura que la résolution n'a pas une grande cohérence interne, même si certaines améliorations ont été obtenues. On peut regretter que les deux avancées majeures, institutionnelles et politiques, qui structuraient le rapport Herzog, aient été écartées du vote final :

a) la référence à l'article III.6, qui est une base prometteuse puisqu'elle prévoit une loi européenne, a été repoussée. De ce point de vue, le signal adressé par le Parlement européen à la Conférence intergouvernementale, aux chefs d'État et de gouvernement et à la Commission est de mauvais augure ;

b) la directive cadre, qui avait pourtant été validée lors du vote du rapport Langen, en 2001, n'est pas mentionnée en tant que telle, ce qui constitue un recul de la part du Parlement européen.

La Commission se nourrira du vote du Parlement européen, de la synthèse des contributions reçues et des multiples réunions, formelles et informelles, pour prendre une décision politique quant à la suite à donner au Livre vert. Quelle sera la nature des conclusions de la Commission ? Même s'il est trop tôt pour répondre à cette interrogation, deux pistes s'offrent à elle : un Livre blanc ⁽²⁹⁾ ou une communication sur les SIG ⁽³⁰⁾. Le texte devrait être relativement court, de nature politique et offrir plusieurs alternatives. La réaction de la Commission sera connue au printemps 2004.

²⁹ C'est la voie que Pascal Lamy indiquait lors de son intervention en session plénière du Parlement européen, au moment du vote du rapport Herzog, le 14 janvier 2004.

³⁰ Cette communication ferait suite aux deux autres communications de 1996 et de 2000.

Conclusions

Au moment où l'Union européenne s'apprête à accueillir dix nouveaux membres, le sentiment qui domine, s'agissant des services d'intérêt général, est celui d'une certaine résignation voire d'une fatalité. La libéralisation et son cortège de privatisations-fusions-acquisitions progressent inexorablement, presque sans à coups. Est-ce un bien, est-ce un mal ? Chacun a son opinion sur le sujet. L'année 2003 aura été productive. Ainsi, on a observé certaines avancées intéressantes de la Cour de justice comme l'arrêt *Altmark* sur la qualification de la notion de « compensation financière » pour couvrir les obligations de service public. Les réponses apportées au Livre vert ont consacré une fracture entre États membres, qui était patente depuis quelques années. Mais elles ont permis de constater qu'une majorité soutient la spécificité des SIG. En outre, elles auront été l'occasion de mesurer l'importance que revêtent les services locaux et de proximité. Quant au vote du rapport Herzog sur le Livre vert, il aura livré un verdict équivoque, constitué toutefois de quelques avancées (l'évaluation des SIG et le cadre juridique en codécision). La tendance générale consacre une lame de fond néolibérale, où le mot d'ordre est à l'ouverture à la concurrence, à la déréglementation et à la disparition progressive de l'État. Hier, les télécommunications. Aujourd'hui l'énergie, la poste et les chemins de fer. Et demain ? Les modes de gestion des services publics locaux font l'objet d'une remise en cause fondamentale par la Commission ⁽³¹⁾. En 2005, l'eau et la gestion des déchets seront à l'ordre du jour de la nouvelle Commission et du nouveau Parlement européen. Mais déjà, certains évoquent ouvertement l'ouverture à la concurrence de secteurs tels que l'enseignement, la culture et la santé. À entendre ceux-là, tout aurait vocation à être mis sur le marché. Cet avertissement est sans doute l'élément le plus important à retenir de cette année 2003. Et aussi le plus inquiétant.

³¹ Voir notamment Durviaux et Thirion (2004).

Références

CCE (2001), Rapport à l'intention du Conseil européen de Laeken « Les services d'intérêt général », COM (2001) 598 final, (http://europa.eu.int/eur-lex/fr/com/rpt/2001/com2001_0598fr01.pdf) 17 octobre 2001.

CCE (2002a), Communication de la Commission « Vers un espace ferroviaire européen intégré », COM (2002) 18 final, 23 janvier 2002 (<http://europa.eu.int/comm/transport/rail/package/doc/com18fr.pdf>).

CCE (2002b), Communication de la Commission « Note méthodologique pour l'évaluation horizontale des services d'intérêt économique général », COM (2002) 331 final, 18 juin 2002 (http://europa.eu.int/eur-lex/fr/com/cnc/2002/com2002_0331fr01.pdf).

CCE (2003a), Communication de la Commission au Parlement européen concernant la position commune arrêtée par le Conseil en vue de l'adoption du deuxième paquet ferroviaire, SEC (2003) 754 final, 30 juin 2003 (<http://europa.eu.int/comm/transport/rail/package/doc/sec754-fr.pdf>).

CCE (2003b), Rapport sur la mise en œuvre de la réglementation de l'UE en matière de communications électroniques, COM (2003) 715 final, 19 novembre 2003 (http://europa.eu.int/eur-lex/fr/com/cnc/2003/com2003_0715fr01.pdf).

CCE (2003c), Communication de la Commission « Stratégie pour le marché intérieur – Priorités 2003 – 2006 », COM (2003) 238 final, 7 mai 2003 (http://europa.eu.int/eur-lex/fr/com/cnc/2003/com2003_0238fr01.pdf).

CCE (2003d), Livre vert sur les services d'intérêt général, COM (2003) 270 final, 21 mai 2003 (http://europa.eu.int/eur-lex/fr/com/gpr/2003/com2003_0270fr01.pdf).

Conseil européen (2003), Conseil européen de Bruxelles, *Conclusions de la Présidence*, 20 et 21 mars 2003.

Convention européenne (2003), « Projet de traité établissant une constitution pour l'Europe », Document de la Convention, CONV 850/03 du 18 juillet 2003 (<http://register.consilium.eu.int/pdf/fr/03/cv00/cv00850fr03.pdf>).

De Streel, A. (2003), «The protection of the European Citizen in a competitive E-Society: the new E.U. Universal Service Directive », *Journal of Network Industries*, Vol. 4, n°2, pp.189-223.

De Streel, A. et Queeck, R. (2003), « Un nouveau cadre réglementaire pour les communications électroniques en Europe », *Journal des Tribunaux – Droit européen*, n°101, septembre 2003, pp.193-202.

Durviaux, A. L. et Thirion, N. (2004), « Les modes de gestion des services publics locaux, la réglementation relative aux marchés publics et le droit communautaire », *Journal des Tribunaux*, 123^{ème} année, n°6122, pp.17-27.

Ferron, A. (2003), « Suspense sur le rapport SIG », *La lettre de confrontations Europe*, octobre-novembre 2003, page 2.

Parlement européen (2001), Rapport de Werner Langen sur la communication de la Commission sur « les services d'intérêt général en Europe » (COM (2000) 580 du 20 septembre 2000), Document A5-0361/2001, Bruxelles, 17 octobre 2001.

Parlement européen (2003), Rapport de Philippe A. R. Herzog sur le Livre vert sur les services d'intérêt général (COM (2003) 270 du 21 mai 2003), Document A5-0484/2003, Bruxelles, 17 décembre 2003.

Parlement européen et Conseil de l'Union européenne (2002a), Directive 2002/22/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques (directive « service universel »), JO L 108 du 24 avril 2002, pp.51-77.

Parlement européen et Conseil de l'Union européenne (2002b), Directive 2002/39/CE du Parlement européen et du Conseil du 10 juin 2002 modifiant la directive 97/67/CE en ce qui concerne la poursuite de l'ouverture à la concurrence des services postaux de la Communauté, JO L 176 du 5 juillet 2002, pp.21-25.

Parlement européen et Conseil de l'Union européenne (2003a), Directive 2003/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2003 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 96/92/CE (JO L 27 du 30 janvier 1997, pp.20-29), JO L 176 du 15 juillet 2003, pp.37-55.

Parlement européen et Conseil de l'Union européenne (2003b), Directive 2003/55/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2003 concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel et abrogeant la directive 98/30/CE du 22 juin 1998 (JO L 204 du 21 juillet 1998, pp.1-12), JO L 176 du 15 juillet 2003, pp.57-78.

Lalieux, K., Dieu, C., Frédéric, A. et Massin, E. (2004), Proposition de résolution relative à la fourniture du service universel en matière de télécommunications déposée par Mmes Karine Lalieux et Camille Dieu et MM. André Frédéric et Éric Massin, Chambre des représentants de Belgique, Document 51 0731/001, 26 janvier 2004 (<http://www.lachambre.be/FLWB/pdf/51/0731/51K0731001.pdf>)

Rodriguès, S. (2003), « Vers une loi européenne des services publics », *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, n°471, septembre 2003, pp.503-512.